

Gewerberecht

Michael Potacs

Rechtsgrundlagen.....	4
Grundlegende Literatur.....	5
I. Grundlagen.....	6
A. Allgemeines.....	6
B. Kompetenzrechtliche Einordnung.....	8
1. Rechtsgrundlagen für legislative Maßnahmen der Europäischen Union.....	8
2. Die innerstaatliche Regelungszuständigkeit.....	9
C. Unionsrechtliche und völkerrechtliche Grundlagen.....	12
1. Unionsrecht.....	12
2. Völkerrecht.....	13
II. Anwendungsbereich der GewO.....	13
A. Gewerbebegriff.....	13
B. Ausnahmen.....	21
III. Gewerbeantritt.....	26
A. Allgemeines.....	26
B. Inländer.....	27
1. Natürliche Personen.....	27
2. Juristische Personen und Personengesellschaften.....	49
C. Ausländer.....	52
1. Allgemeines.....	52
2. Drittstaatsangehörige.....	53
3. EU/EWR-Ausländer.....	57
IV. Gewerbeumfang.....	66
A. Allgemeines.....	66
B. System der Umfangrechte.....	68
1. Kernbereich.....	68
2. Selbstbedienungsrechte.....	68
3. Sonstige Nebenrechte.....	69
C. Umfangfeststellungsverfahren.....	70
V. Gewerbeausübung.....	71
A. Persönliche Anforderungen.....	71
1. Gewerbeberechtigung als persönliches Recht.....	71
2. Gewerbeberechtigter Geschäftsführer.....	72
3. Fortbetriebsrechte.....	76
4. Ort der Gewerbeausübung.....	79
5. Namensführung.....	83

VI. Endigung und Ruhen der Gewerbeberechtigung.....	85
A. Endigungsgründe.....	85
1. Allgemeines.....	85
2. Entziehung der Gewerbeberechtigung.....	85
B. Ruhen der Gewerbeberechtigung.....	88
VII. Verletzungen der GewO.....	89
A. Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen.....	89
B. Betretungsrecht.....	90
C. Nichtigerklärung.....	90
D. Verwaltungsstrafen.....	91

Rechtsgrundlagen

EU-Recht: RL 2018/2302/EU, ABl L 326/1; RL 2018/958/EU, ABl L 173/25; RL 2015/849/EU, ABl L 141/73; RL 2006/123/EG, ABl L 376/36; RL 2005/36/EG, ABl L 255/22 idF delegBe (Kom) 2016/790/EU, ABl L 134/135; RL 2004/38/EG, ABl L 229/35 idF VO 492/2011/EU, ABl L 141/1; RL 74/556/EWG, ABl L 307/1.

BG: Gewerbeordnung – GewO (BGBl 1994/194 [WV] idF BGBl 2018 I/112).

VO: VO des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 24. April 1974 über die Ausstattung von Legitimationen für Gewerbetreibende und deren Bedienstete-Gewerbelegitimationen-VO (BGBl 1974/274); VO des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 17. Juli 1974 mit der die harmlosen pyrotechnischen Scherzartikel im Sinne des § 146 Abs 2 der Gewerbeordnung 1973 bezeichnet werden (BGBl 1974/363); VO des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 30. Jänner 1976 über Ausübungsvorschriften für das gebundene Gewerbe der Hörgeräteakustiker (BGBl 1976/72 idF BGBl 1990/676); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Ausübungsregeln für Kontaktlinsenoptiker (BGBl 1976/698 idF BGBl 1996/13); VO des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 27. März 1979 über Ausübungsvorschriften für Adressenbüros (BGBl 1979/157); VO des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 26. April 1979 über die Ersichtlichmachung der im Rahmen von Chemischputzerarbeiten erbrachten Leistungen (BGBl 1979/185); VO des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 25. März 1981 über die äußere Geschäftsbezeichnung und über Ausübungsvorschriften für das Drogistengewerbe (BGBl 1981/177); VO des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 10. September 1981 über die Verwendung des Wortes „Konditorei“ in der äußeren Geschäftsbezeichnung (BGBl 1981/434 idF BGBl 1995/880); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 17. August 1987 über Ausübungsvorschriften für Partnervermittler (BGBl 1987/434); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 2. Feber 1989 über die Begrenzung des Schwefelgehaltes von Heizöl (BGBl 1989/94 idF BGBl 1994/545); VO des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Geräuschemissionen von zur Verwendung im Freien vorgesehenen Geräten und Maschinen vom 7. März 2001 (BGBl 2001 II/249 idF 2006 II/347); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standsregeln für Betreiber von Technischen Büros (BGBl 1990/726); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr, des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz und des Bundesministers für Arbeit und Soziales über Lagerung und Abfüllung brennbarer Flüssigkeiten-VO über brennbare Flüssigkeiten-VbF (BGBl 1991/240 idF BGBl 2005 II/351); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Durchführung der Unternehmerprüfung-Unternehmerprüfungsordnung (BGBl 1993/453 idF BGBl 2004 II/114); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Ausübungsregeln für den Handel mit Orientteppichen (BGBl 1993/852); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über den Nachweis der fachlichen Befähigung zur Ausführung von Montage- und Wartungsarbeiten durch Rauchfangkehrer (BGBl 1994/67 idF BGBl 1995/611); Ver-

ordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Sicherheit von Maschinen und von Sicherheitsbauteilen für Maschinen-Maschinen-SicherheitsVO 2010-MSV 2010 (BGBl 2008 II/282 idF BGBl 2018 II/204); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Höchstsätze der Inkassoinstituten gebührenden Vergütungen (BGBl 1996/141 idF BGBl 2005 II/103); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler (BGBl 1996/297 idF BGBl 2010 II/268); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Bestimmung der Geräuschemissionen von Haushaltsgeräten (BGBl 1996/621 idF BGBl 2011 II/232); Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Sicherheit von Aufzügen und von Sicherheitsbauteilen für Aufzüge-Aufzüge-Sicherheitsverordnung 2008-ASV 2008 (BGBl 2008 II/274 idF BGBl 2016 II/19); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Errichtung von Teilgewerben und die Befähigungsnachweise für Teilgewerbe-1. Teilgewerbe-VO (BGBl 1998 II/11); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Schutzmaßnahmen betreffend die Aufbereitung von bituminösem Mischgut in mobilen Einrichtungen (BGBl 1998 II/170); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Führung der Waffenbücher-WaffenbücherVO (BGBl 1998 II/252); VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung (BGBl 1998 II/260); VO des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Maßnahmen zur Bekämpfung der Emission von gasförmigen Schadstoffen und luftverunreinigenden Partikeln aus Verbrennungsmotoren für mobile Maschinen und Geräte (BGBl 2005 II/136 idF BGBl 2013 II/463); VO des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Standesregeln für Bestatter (BGBl 2004 II/476); Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Durchführung von Prüfungen-Allgemeine Prüfungsordnung (BGBl 2004 II/110); Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Anerkennung von Befähigungsnachweisen aus einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR-EU/EWR Anerkennungsverordnung (BGBl 2008 II/225); Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend über den sicheren Betrieb und die Änderung von Hebeanlagen-Hebeanlagen-Betriebsverordnung 2009, HBV 2009 (BGBl 2009 II/210 idF BGBl 2016 II/350); Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft betreffend die Anforderungen an Sportboote und Wassermotorräder-Sportbooteverordnung 2015-SpBV 2015 (BGBl 2016 II/41); Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft über Standes- und Ausübungsregeln für Gewerbliche Vermögensberater und Immobilienmakler, die die Tätigkeit der Kreditvermittlung ausüben-Standesregeln für Kreditvermittlung (BGBl 2016 II/86); VO des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend über Standesregeln für das Gewerbe der Elektrotechnik (BGBl 2014 II/12); VO des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft über Standes- und Ausübungsregeln für die Organisation von Personenbetreuung (BGBl 2015 II/397); VO des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft über die Zugangsvoraussetzungen für das reglementierte Gewerbe der Fremdenführer-Fremdenführer-Verordnung (BGBl 2003 II/46 idF BGBl 2016 II/224); VO der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen-Pauschalreiseverordnung-PRV (BGBl 2018 II/260).

Grundlegende Literatur

Ennöckl, Gewerberecht, in: B. Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts³, 2010, 117; *Ennöckl/N. Raschauer/Wessely* (Hrsg), Kommentar zur Gewerbeordnung 1994, Band I und II, 2015; *Erlacher/Forster*, Gewerbeordnung verstehen², 2016; *Erlacher/Forster*, Gewerbeordnung, in: Aigner ua (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht², 2017, 371; *Fasching/Klemencic/Puntigam*, Gewerberecht, 2009; *Feik*, Gewerbe- und Berufsrecht, in: Jahnle ua (Hrsg), Informatikrecht², 2003, 295; *Feik*, Gewerberecht, in: Bachmann ua (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹¹, 2016, 233; *Filzmoser*, Die GewO-Novelle, RdW 1997, 437; *Filzmoser*, Gewerbliches Berufsrecht nach der GewO-Novelle 2002, 2003; *Fischer/Trojer*, Gewerbeordnung für die betriebliche Praxis, 2003; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³, 2011; *Gruber/Paliego-Barfuß*, Die Gewerbeordnung⁷, Loseblattausgabe, 15. Ergänzungslieferung 2016; *Handig*, Gewerberechtsnovelle 2007 – Ein kurzer Überblick,

RdW 2008, 253; *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattausgabe, 24. Lieferung 2017; *Hattenberger*, Die Befähigungsnachweisregelung nach der (EWR-angepassten) GewO 1994, ÖZW 2001, 70; *Herzog/Motyka*, Reglementierte Berufe am Prüfstand der Dienstleistungsrichtlinie, ÖZW 2010, 112; *Leitl-Staudinger*, Gewerberecht, in: Hauer/Leitl-Staudinger/Mayrhofer/Pabel, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, 53; *Lienbacher*, Die Zweigniederlassung in der österreichischen Gewerbeordnung, in: Schuhmacher/Gruber (Hrsg), Rechtsfragen der Zweigniederlassung, 1993, 271; *Linke*, Neue Anerkennungsregeln für europäische Berufsqualifikationen, Jahrbuch Gewerberecht 2008, 125; *Marzi*, Die Entziehung der Gewerbeberechtigung gemäß § 87 Abs 1 Z 3 GewO, Jahrbuch Gewerberecht 2010, 137; *Mayer*, Internationaler Dienstleistungsverkehr und österreichische GewO, 2013; *Morscher*, Die Gewerbekompetenz des Bundes, 1987; *Müller/Wimmer*, Wirtschaftsrecht³, 2018; *Obwexer*, RL über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ecolex 2007, 4; *Pauger*, Gewerberecht, in: B. Raschauer (Hrsg), Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts², 2003, 107; *Pernthaler/Lukasser*, Abgrenzung der Bundeskompetenz „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ von der Landeskompetenz „Veranstaltungswesen“ und einige damit zusammenhängende konkrete Rechtsprobleme, in: Pernthaler/Lukasser/Rath-Kathrein (Hrsg), Gewerbe-Landwirtschaft-Veranstaltungswesen, 1996, 46; *Pöschl*, System der Gewerbeordnung, 2016; *Rebhahn*, der gewerberechtliche Geschäftsführer, 1994; *Rebhahn*, Der gewerberechtliche Geschäftsführer, in: K. Korinek (Hrsg), Gewerberecht. Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen, 1995, 197; *Rill*, Grundlagen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 97; *Rill* (Hrsg), Gewerberecht. Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973, 1978; *Rill*, Das Gewerberecht: Grundfragen, Grundsätze und Standort im Rechtssystem in: K. Korinek (Hrsg), Gewerberecht. Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen, 1995, 1; *Rill*, Gewerberecht. Skriptum des Service Fachverlages an der Wirtschaftsuniversität Wien, 2001; *Schramböck*, Gewerberechtliche Schranken des e-commerce, ecolex 2000, 484; *Thiernel*, Gewerbeumfang und Gewerbeausübung – Ausgewählte Änderungen durch die GewR-Nov 1992, in: K. Korinek (Hrsg), Gewerberecht. Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen, 1995, 87; *Traudtner/Höhne*, Internet und Gewerbeordnung, ecolex 2000, 480; *Van Husen*, Zum Begriff „(Neue) Selbständigkeit“ gemäß § 1 Abs 3 GewO, ÖZW 2000, 7; *Wieser*, Der individuelle Befähigungsnachweis nach § 19 GewO, ÖZW 2005, 34; *Winkler*, Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO 1973, in: Rill (Hrsg), Gewerberecht. Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973, 1978, 1; *Winkler*, Die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten durch EWR-Unternehmer in Österreich, ZfV 2004, 437; *Wintersteiner*, Der gewerberechtliche Geschäftsführer, 1997.

I. Grundlagen

A. Allgemeines

Die GewO enthält Antritts- und Ausübungsregelungen für den größten Teil der gewerblichen Wirtschaft. Dies wird bereits durch das Regelungssystem der GewO deutlich, das nach einem Regel-Ausnahme-Schema aufgebaut ist: Grundsätzlich fallen alle vom Gewerbebegriff des § 1 GewO erfassten Tätigkeiten unter seinen Anwendungsbereich, sofern sie davon gemäß § 2 GewO nicht ausdrücklich ausgenommen sind. Somit finden sich ähnliche Antritts- und Ausübungsregelungen wie in der GewO auch in verschiedenen anderen Gesetzen. Dennoch kann die GewO auf Grund ihrer zentralen Stellung im österreichischen Wirtschaftsverwaltungsrecht als die „Magna Charta“ der gewerblichen Wirtschaft¹ angesehen werden.

¹ ZB K. Korinek, Gewerberecht als Spiegelbild von Staat und Gesellschaft, ÖZW 2010, 58; *Ennöckl*, in: Wirtschaftsrecht³, 120 f, Rz 306.

Die heute geltende GewO 1994 ist eine Wiederverlautbarung der GewO 1973, die ihrerseits die GewO aus dem Jahre 1859 ablöste.² Zwar war die GewO des Jahres 1859 äußerst liberal, doch war die weitere Rechtsentwicklung durch eine zunehmende Regulierung gekennzeichnet, die erst in jüngerer Zeit wohl auch unter dem Einfluss einer zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaft sowie der Judikatur des VfGH einer verstärkten Tendenz zur Liberalisierung und Deregulierung gewichen ist. Die mit den Vorschriften der GewO an sich verfolgten Ziele sind dabei allerdings dieselben geblieben. Verschohen haben sich jedoch ihre Bedeutung und ihr Gewicht.

So dienen vor allem die Vorschriften über den Befähigungsnachweis für reglementierte Gewerbe (einschließlich Handwerke) der **Qualitätssicherung** gewerblicher Tätigkeit.³ Insbesondere durch die GewO-Novelle 1997 wurden die Regelungen über das Erfordernis eines Befähigungsnachweises aber erheblich abgeschwächt. Dies erfolgte durch eine Reduzierung der Zahl der befähigungsnachweisgebundenen Gewerbe, die volle Supplierungsmöglichkeit des Befähigungsnachweises durch einen gewerberechtl. Geschäftsführer, die Schaffung verbundener Gewerbe (bei denen jeweils nur für ein Gewerbe der Befähigungsnachweis erbracht werden muss), die Einführung von Teilgewerben (mit entsprechend geringeren Anforderungen an den Befähigungsnachweis), die Erweiterung von Nebenrechten und die Erweiterung einzelner Gewerbeberechtigungen (zB dürfen Bäcker gemäß § 150 Abs 1 GewO auch Konditorarbeiten vornehmen).⁴ Durch die GewO-Novelle 2002 wurde das Erfordernis eines Befähigungsnachweises für weitere gewerbliche Tätigkeiten (wie das Handelsgewerbe) abgeschafft.⁵ Im Wege der GewO-Novelle 2008 wurde unter anderem den Erfordernissen der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit entsprochen⁶, durch welche eine weitere Abschwächung zu beobachten war. Mit der GewO-Novelle 2017⁷ erfolgte eine Einschränkung der Qualitätssicherung durch die Ausweitung von Nebenrechten.

Mit manchen Bestimmungen der GewO wird auch das Ziel einer **Ordnungssicherung** verfolgt, dh der Gewährleistung, dass bei der Ausübung der betreffenden gewerblichen Tätigkeit die Rechtsordnung möglichst eingehalten wird. Diesem Ziel dient die Einrichtung „genehmigungspflichtiger Gewerbe“, bei denen (wegen der „Sensibilität“ der Materie, wie zB beim Waf-

² Zur Entwicklung der GewO siehe insbesondere *Stolzlechner*, Gewerberechtsreform in Österreich, in: Graf/Paschke/Stober (Hrsg), Gewerberecht im Umbruch, 2004; *Pöschl*, Die Geschichte des Anmeldungsgewerbes – ein legistisches quid pro quo, ZfV 2005, 662 ff; *dieselbe*, Beständiges und Veränderliches im Gewerberecht – Entwicklung der GewO 1859 bis 2009, ÖZW 2010, 64 ff; *dieselbe*, Gewerbeordnung, 1 ff, Rz 1 ff; *Enmöckl*, in: Wirtschaftsrecht³, 117 ff.

³ Siehe dazu auch VfSlg 19.814/2013.

⁴ Zu dieser Novelle etwa *Filzmoser*, RdW 1997, 437 ff; *Schimitschek*, Die Gewerbeordnungsreform, ÖGZ 10/97, 12.

⁵ Zu dieser Novelle etwa *Handig*, Gewerberechtsnovelle 2002 – Ein kurzer Überblick, RdW 2002, 522 ff; *Winkler*, Bürokratische Hindernisse der Unternehmensgründung – Welche Aufgaben bleiben für die Verwaltungsreform?, wbl 2003, 453 ff; *Zellenberg*, Der Gewerbebezug nach der Gewerberechtsnovelle 2002, ZfV 2003, 410 ff.

⁶ Vgl §§ 373a ff GewO. *Handig*, RdW 2008, 253 ff.

⁷ Zu dieser Novelle etwa *Stolzlechner*, Wichtige Neuerungen der Gewerberechtsreform 2017, ÖZW 2017, 150 (151 f).

fengewerbe) die Erteilung der Gewerbeberechtigung von einer Prüfung der „Zuverlässigkeit“ abhängig gemacht wird. Bei sämtlichen (also nicht nur bei genehmigungspflichtigen) Gewerben wird dem Gedanken der Ordnungssicherung in der GewO insoweit Rechnung getragen, als etwa bestimmte Strafen gemäß § 13 Abs 1 und 2 GewO einen Ausschlussgrund bilden und jede Gewerbeberechtigung gemäß § 87 Abs 1 Z 3 GewO wegen schwerwiegender Verstöße gegen Rechtsvorschriften zu entziehen ist. Andere Vorschriften der GewO, wie etwa der Ausschlussgrund wegen Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 13 Abs 3 bis 5 GewO, dienen dem **Gläubigerschutz**. Manche Bestimmungen, wie das Verbot des Versandhandels mit bestimmten Produkten (zB Arzneimittel), wurden im Interesse des **Konsumentenschutzes** erlassen. Schließlich ist zu erwähnen, dass die GewO in gewissem (mittlerweile freilich sehr geringem) Umfang auch dem **Konkurrenzschutz** dient. Dies betrifft die Bedarfsprüfungen bei Rauchfangkehrern gemäß § 121 Abs 2 GewO. Diese wird jedoch nicht mit dem Konkurrenzschutz selbst, sondern mit dem öffentlichen Interesse am „vorbeugenden Brandschutz und Umweltschutz“⁸ gerechtfertigt⁹.

Nach der Rechtsprechung des EuGH erscheint eine Bedarfsprüfung mit der Dienstleistungsrichtlinie der EU nur im Hinblick auf mit der „Feuerpolizei“ untrennbar verbundenen Aufgaben vereinbar.¹⁰ Die Bedarfsprüfung wurde daraufhin in § 121 Abs 1a GewO auf „sicherheitsrelevante Tätigkeiten“ beschränkt.¹¹

Insgesamt trägt damit die GewO dem Konzept einer „relativen Gewerbebefreiheit“ Rechnung, wonach Antritt und Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit zwar grundsätzlich jedermann offensteht, allerdings nur nach Maßgabe bestimmter im öffentlichen Interesse gelegener Anforderungen. Diese „relative Gewerbebefreiheit“, die grundsätzlich auch der Erwerbsfreiheit des Art 6 StGG entspricht¹², lässt freilich einen erheblichen Regelungsspielraum offen, weshalb die GewO zu jenen Rechtsgebieten zählt, die verhältnismäßig häufig novelliert werden.

B. Kompetenzrechtliche Einordnung

1. Rechtsgrundlagen für legislative Maßnahmen der Europäischen Union

Die GewO enthält vor allem Regelungen über die Niederlassung von Betrieben und die Erbringung von Dienstleistungen. Daher sind die für die GewO relevanten legislativen Akte der Union zumeist auf die einschlägigen Kompetenzen wie die Rechtsgrundlagen „zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit“ gemäß Art 53 AEUV, „für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise“ und zur Liberali-

⁸ So in Bezug auf die Bedarfsprüfung bei Rauchfangkehrern VfSlg 12.296/1990.

⁹ Kritisch *Herzog/Motyka*, ÖZW 2010, 112 ff.

¹⁰ EuGH, Rs C-293/14, *Hiebler*, ECLI:EU:C:2015:843, Rz 76.

¹¹ Siehe *Scholz*, *Verwaltungsverfahrensgemeinschaft und Prioritätsprinzip im Wirtschaftsverwaltungsrecht*. Anmerkungen anlässlich VwGH 11.5.2017, Ro 2016/04/0008, ÖZW 2018, 48 (49).

¹² *Pauger*, in: *Wirtschaftsrecht*², 118 f, Rz 321; siehe dazu auch *Müller/Wimmer*, *Wirtschaftsrecht*³, 2018, 252 ff.

sierung von Dienstleistungen gemäß Art 62 AEUV gestützt.¹³ Die in solchen Rechtsakten (in der Regel Richtlinien) vorgesehenen Maßnahmen zur Vereinheitlichung und gegenseitigen Anerkennung von beruflichen Kenntnissen und Fertigkeiten können auch die Tätigkeiten „von Lohn- und Gehaltsempfängern“¹⁴, wie etwa gewerberechtliche Geschäftsführer, betreffen. Manche der für die GewO bedeutsamen Richtlinien wurden daher auch unter Berufung auf die Kompetenz zur Herstellung der „Freizügigkeit der Arbeitnehmer“ gemäß Art 46 AEUV erlassen.¹⁵ Die GewO enthält aber auch Regelungen zum Konsumentenschutz, die gemäß Art 114 AEUV unionsrechtlich harmonisiert werden können.¹⁶ Durch die GewO bzw auf ihrer Grundlage beruhende Verordnungen können daher auch Rechtsakte der Europäischen Union umgesetzt werden, die sich auf die „Binnenmarktkompetenz“ des Art 114 AEUV stützen. Dies betrifft etwa die Richtlinie über Pauschalreisen und verbundenen Reiseleistungen¹⁷, die durch die auf § 127 Abs 1 GewO gestützte Pauschalreiseverordnung¹⁸ umgesetzt wurde.

2. Die innerstaatliche Regelungszuständigkeit

Kompetenzgrundlage für die GewO ist Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG, wonach „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache sind.¹⁹ Auf Grund der vom VfGH bei der Auslegung der Kompetenzvorschriften angewendeten „Versteinerungstheorie“ fallen unter diesen Kompetenztatbestand „alle Vorschriften, die nach dem Stand und der Systematik der einfach-gesetzlichen Rechtslage am 1. Oktober 1925 als Vorschriften betreffend Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie anzusehen sind“²⁰. Schon sehr früh stellte daher der VfGH fest, dass „Betätigungen, die zur Zeit des Wirksamkeitsbeginnes der Kompetenzbestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der österreichischen Gesetzgebung nicht als Gewerbe behandelt wurden, auch nicht als Gewerbe im Sinne des Artikels 10 Absatz 1 Z 8 B-VG, ansehen wollte und angesehen hat“²¹. Von zentraler Bedeutung für die Auslegung des Kompetenztatbestandes ist daher das damals noch geltende sogenannte **Kundmachungspatent zur GewO 1859**²², auf das sich auch der VfGH immer wieder beruft²³. Ganz allgemein wird man sagen können, dass Tätigkeiten, die am 1.10.1925 weder in der GewO 1859

¹³ Siehe insbesondere RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (Abl L 255/22).

¹⁴ Begründungserwägung der (mittlerweile aufgehobenen) RL 82/470/EWG betreffend Hilfgewerbetreibende des Verkehrs und der Reisevermittler (Abl L 213/1).

¹⁵ ZB RL 85/384/EWG betreffend Architekten (Abl L 223/15), welche jedoch bereits durch die RL 2005/36/EG ersetzt wurde.

¹⁶ Vgl ZB *Micklitz/Rott*, H.V, Verbraucherschutz, in: Dausers (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Rz 15 ff.

¹⁷ RL 2015/2302/EU über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen (Abl L 326/1).

¹⁸ BGBl 2018 II/260.

¹⁹ Grundlegend dazu *Kneibs*, Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie, in: FS Stolzlechner, 2013, 381 ff.

²⁰ VfSlg 9543/1982.

²¹ VfSlg 1477/1932.

²² RGBl 1859/227.

²³ So zB schon VfSlg 1477/1932, und aus jüngerer Zeit VfSlg 14.187/1995; 17.245/2004.

noch in einer anderen gewerberechtlichen Vorschrift des Zentralstaates²⁴ geregelt waren, nicht unter diesen Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG fallen. Allerdings ist auch zu betonen, dass der VfGH einerseits eine intrasystematische Fortentwicklung der „versteinerten“ Vorschriften anerkennt. Damit ermächtigt dieser Kompetenztatbestand auch zur Regelung „sich neu entwickelnder Betriebsformen“²⁵, sofern nur ein inhaltlich-systematischer Zusammenhang zu den von den „versteinerten“ Rechtsvorschriften erfassten Erwerbsbetätigungen besteht. Andererseits fallen freilich auch solche Tätigkeiten nicht unter die „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“, die unter einen anderen verfassungsrechtlichen Kompetenztatbestand subsumiert werden können.²⁶

So fallen von vorneherein nur Regelungen für solche Tätigkeiten unter den Kompetenztatbestand, die „gewerbsmäßig“ (also etwa regelmäßig bzw in Wiederholungsabsicht) erbracht werden.²⁷ Auf Grund einer „intrasystematischen Weiterentwicklung des Kompetenztatbestandes“ umfasst dieser nach Auffassung des VfGH aber etwa auch die Ermächtigung zur Erlassung gewerberechtlicher Regelungen für „Diskotheken“, obwohl diese im Jahr 1925 noch gar nicht bekannt waren. Allerdings unterlagen schon damals *Gastgewerbebetriebe* mit musikalischer Darbietung (zB einem Klavierspieler) unbestrittenmaßen der GewO 1859. Nach dem im Jahre 1925 geltenden System der GewO verlieren Gastgewerbebetriebe ihren „gewerblichen“ Charakter daher nicht schon deshalb, wenn in ihren Lokalen „Musik oder auch Tanz veranstaltet wird“²⁸.

Aufgrund der intrasystematischen Fortentwicklung ist es dem Bundesgesetzgeber auch möglich Regelungen im Zusammenhang mit der Personenbetreuung zu erlassen. Die Grundlage dafür bildet das Verständnis, dass Personenbetreuung als Weiterentwicklung des Gewerbes der Krankenpflege anzusehen ist.²⁹

Kraft ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Regelung gehören nicht zu den „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ im Sinne von Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG „die Angelegenheiten des Berg- und Schiführerwesens sowie die Privatzimmervermietung, das ist die durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als zehn Fremdenbetten“³⁰.

Für die Abgrenzung der Gewerbekompetenz des Bundes ist insbesondere Art V des Kundmachungspatentes zur GewO 1859 von entscheidender Bedeutung, weil er eine Reihe von „Beschäftigungen und Unternehmungen“ vom Anwendungsbereich der GewO 1859 ausnimmt. Auf Grund der „Versteinerungstheorie“ ist anzunehmen, dass diese Ausnahmeregelung die „Angelegenheiten der Gewerbe und Industrie“ im Sinne des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG mitbestimmt.³¹ Jedenfalls die von ihr ausdrücklich erwähnten Erwerbsbetätigungen fallen nicht unter diesen Kompetenztatbestand. Darüber hinaus lässt

²⁴ Darauf weist *Morscher*, Gewerbekompetenz, 38, unter Bezugnahme auf das damals geltende BaugewerbeG zu Recht hin.

²⁵ VfSlg 12.996/1992.

²⁶ So schon VfSlg 1477/1932.

²⁷ VfSlg 2733/1954.

²⁸ VfSlg 12.996/1992. Diesem Erkenntnis kann allerdings auch entnommen werden, dass „die – auch gewerbsmäßige – musikalische Darbietung als solche“ vom Regelungsbereich des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG ausgenommen ist.

²⁹ *Thienel*, „Personenbetreuung“ und Gewerbekompetenz, JRP 2007, 150 ff.

³⁰ Art III der B-VG-Novelle BGBl 1974/444; siehe dazu auch VfSlg 7074/1973.

³¹ So zB VfSlg 1477/1932, 12.996/1992, 14.187/1995.